

PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEAN LAS REGULARIZACIONES DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS*

(En virtud de lo dispuesto en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas)

GONZALO MUÑOZ ESCUDERO
Profesor de Derecho de Aguas
Universidad Católica del Norte

INTRODUCCIÓN

El Código de Aguas de 1981 tuvo como punto de partida el reconocimiento de múltiples situaciones de usos de aguas, para lo cual se contemplaron, aun antes de la promulgación de dicho cuerpo legal¹, normas con rango legal que intentaban definir un nuevo estatuto de las aguas, a partir del reconocimiento de dichos usos. Capital al respecto es el artículo 7 del Decreto Ley N° 2.603, de 1979², el cual establece una presunción legal en la titularidad de los derechos de aprovechamiento, la que se funda en el uso efectivo de las aguas.

Más aún, reconociendo el legislador una situación real de desconocimiento de los usos del agua en nuestro país, por situaciones históricas, como la reforma agraria y sus secuelas de subdivisión de la tierra, se permitió establecer en la propia Constitución Política de 1980 (artículo 19 N° 24, inciso final) una hipótesis normativa relativa a los derechos “reconocidos”³.

Estas dos normas no deben ser olvidadas (ambas se encuentran vigentes) no sólo por marcar el *iter* de los llamados “derechos reconocidos”, sino porque establecen los principios sobre los cuales operan las regularizaciones contempladas en el Código de Aguas; auxilian la interpretación de dichas normas; y complementan el sistema diseñado para que estos usos antiguos ingresen al conjunto de los derechos de aprovechamiento que conforman un mercado de aguas.

El presente trabajo intenta rescatar los aspectos más relevantes de esta norma, utilizando para ello, entre otros antecedentes, la jurisprudencia que ha surgido a raíz de su aplicación y en torno a ciertas ideas doctrinales que explican su actual y futura vigencia, dentro del actual sistema de Derecho de Aguas, basado en las razones arriba anotadas.

* Agradezco la valiosa colaboración prestada por el egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Sr. Luis Orellana Retamales, para la preparación de este trabajo.

¹ Cada vez que en el presente trabajo se mencione un artículo sin especificar a qué texto legal pertenece, debe entenderse que corresponde al Código de Aguas vigente.

² Este Decreto Ley “modifica y complementa el Acta Constitucional N° 3; y establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de las aguas”; fue promulgado con fecha 18 de abril de 1979 y publicado en el Diario Oficial el día 23 del mismo mes y año.

³ Recordemos sus textos:

Artículo 7º, Decreto Ley 2.603, de 1979: “*Se presumirá dueño del derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. / En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua*”.

Artículo 19, N° 24 inciso final: “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”.

A. RATIO LEGIS DEL ARTÍCULO 2º TRANSITORIO (PROPÓSITO Y POSIBILIDADES)

Al recordar las normas arriba citadas, lo hacemos en razón de entender la realidad de los derechos de aprovechamiento antes del Código de Aguas. Existía, entonces, una serie de usos efectivos de las aguas sin titularidades o cuyos titulares habían cambiado, careciendo el ordenamiento jurídico de mecanismos que obligaran a la formalización de dichas extracciones de aguas.

Así, por razones jurídicas e históricas, existía un buen número de usos de aguas no conocidos. La nueva legislación ya había intentado formalizar dichos usos, por la vía del ya citado artículo 7 del Decreto Ley N° 2.603, de 1979, y, posteriormente, consagrando la partícula constitucional, también ya mencionada, que marca una vía de ingreso permanente hacia la formalización de los títulos.

Lo anterior explica la *actual vigencia* del articulado transitorio del Código de Aguas, habiendo transcurrido ya casi 20 años desde su promulgación, subsistiendo aún muchos usos antiguos de aguas; especialmente, usos regularizables por la vía de los artículos 1º transitorio, 5º transitorio y aquel que nos ocupa, 2º transitorio.

Incluso, esta forma de entender el problema se ve reforzada por las disposiciones del Reglamento del Catastro Público de Aguas⁴, el cual contempla entre sus Registros el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, el que está constituido –a su vez– entre otros Registros por el de Derechos de Aprovechamiento *reconocidos por la ley* (artículos 5 N° 2 y 15 letra b), debiendo mencionarse aquí, además, el Inventario Público de Extracciones Autorizadas de Aguas (artículos 5 N° 3 17), todo lo cual no hace sino recoger una característica permanente de nuestro sistema en que el uso del agua aún no puede identificarse con las titularidades jurídicas (los “papeles”, como ha dicho un autor: Vergara, 1998, p. 328).

No conocemos la historia prelegislativa del Código de Aguas, por carecer éste de actas, pero una mirada simple a la historia de las normas permite vislumbrar lo que hemos dicho⁵. Por eso llama la atención el deseo deslizado por un autor (Neumann, 2000, p. 245-246) de querer derogar esta norma o darle un alcance limitado en el tiempo.

Criterio con el cual, en lo personal, no estoy de acuerdo; por cuanto, en mi opinión, nada obsta a que en lo sucesivo se sigan regularizando derechos de aprovechamiento de acuerdo con la norma legal en análisis; con la precaución, evidentemente, que –tal como lo señala el mismo autor antes citado– las autoridades competentes (Dirección General de Aguas y Tribunales Ordinarios de Justicia) verifiquen estrictamente que se cumplan todos y cada uno de los requisitos que ella exige; de manera tal de evitar “*el blanqueo de situaciones de hecho ilegítimas*”⁶.

Lamentablemente, aún no disponemos de una cuantificación total del conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos y constituidos; sin embargo, tendremos la posibilidad de evaluar el impacto de esta norma a través de las inscripciones de los derechos regularizados en el Registro antes mencionado del Catastro Público de Aguas. Quizá recién en ese momento, con una información tangible, sea pertinente modificar el sistema de ingreso de esos usos antiguos al mercado de aguas, pues debe recordarse que el propio Reglamento del Catastro Público de Aguas exige una formalización de los derechos para su inscripción en este último, lo que obliga al perfeccionamiento de los títulos, sea por el procedimiento que el referido Reglamento contempla o por la vía del artículo 2º transitorio.

⁴ Este Reglamento fue aprobado por Decreto Supremo N° 1.220, del Ministerio de Obras Públicas, de fecha 30 de diciembre de 1997 y publicado en el Diario Oficial el 25 de julio de 1998.

⁵ VERGARA BLANCO (1998, p. 348) indica que el ánimo del legislador en estos casos (1º, 2º y 5º transitorios) es “*proporcionar una formalización e inscripción conservatoria a los derechos constituidos o reconocidos que carezcan de formalización e inscripción, en concordancia con la Constitución y con las disposiciones legales que reconocen como subsistentes o existentes a tales derechos*”.

⁶ NEUMANN MANIEU, Christian. “Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2º transitorio del Código de Aguas”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, vol. II/Nº 1, enero - junio 2000, pp. 212-246.

B. HIPÓTESIS QUE CONTEMPLA

El artículo 2º transitorio dispone lo siguiente:

“Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este Código podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes:

- a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno;*
- b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1º, del Título I del Libro II de este Código;*
- c) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y*
- d) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este Código.*

El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural”.

Del tenor literal de la norma en análisis se desprende, entonces, que ella contempla tres hipótesis distintas de regularización de derechos de aprovechamiento:

- i Derechos inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares, con los requisitos que se mencionan más adelante;
- ii Derechos no inscritos que cumplen con los requisitos que la norma contempla; y
- iii Derechos [inscritos o no inscritos] que se extraen de una fuente natural en forma individual.

Como puede apreciarse existen varios principios subyacentes.

La norma configura su primera hipótesis a partir de la existencia de derechos que alguna vez estuvieron inscritos y que son utilizados en la actualidad por personas distintas de aquellas que, precisamente, aparecen en dichas inscripciones.

En segundo lugar, la norma opera en base a la posesión del derecho y los requisitos que exige al poseedor no titular (o sin título, en las dos últimas hipótesis) han sido tomados de la prescripción adquisitiva del Derecho Civil, conformando, eso sí, un sistema bastante singular, puesto que en el caso de los usos sin inscripción alguna los plazos y las condiciones no varían.

En suma, pareciera que el legislador intentó englobar el mayor número de casos que pudiesen presentarse. Una sistematización de la norma nos hace entender las hipótesis de los derechos que alguna vez estuvieron inscritos y los que nunca estuvieron inscritos, bajo una misma óptica jurídica, a pesar que el inciso primero del artículo 2º transitorio se refiere a la aplicación del procedimiento y no a una asimilación de ambas situaciones.

Estos principios ayudan, entonces, tanto a los directamente interesados y a los terceros como a las autoridades (administrativas, léase la Dirección General de Aguas; y judiciales, léanse Tribunales Ordinarios de Justicia), por cuanto cuando nos preguntamos si podemos agregar las posesiones de los usuarios antecesores no titulares o bien la de aquellos que utilizaban las aguas, podemos responder con seguridad que se puede; del mismo modo, sólo así podremos entender la inclusión de estos derechos “regularizables” en la cuantificación.

La tercera hipótesis es residual y se refiere a un caso específico para las extracciones individuales. Se trataría, en efecto, *“de aquellos derechos cuyas aguas se extraen por canales propios y exclusivos desde un cauce natural, pero en el que no existe junta de vigilancia constituida*

que permitiera efectuar su inscripción en la forma prescrita en el artículo 115 del Código de Aguas' (Oficio de la Dirección General de Aguas N° 591, de junio de 1983, que imparte instrucciones acerca del artículo 2° transitorio del Código de Aguas)"⁷ y ⁸.

Finalmente, es necesario explicar por qué aquí no se puede hablar de usos ilegítimos o ilegales de las aguas, en razón de la falta de titularidades y más bien he utilizado las expresiones "usos antiguos" y "formalización". Ello por cuanto comparto las afirmaciones de un autor (Vergara, 1998, p. 349 y ss.) en orden al *origen consuetudinario* de los derechos sobre estas aguas. De ese modo, aun sin documentos, existen usos en el tiempo que son legítimos, aun sin estar formalizados, lo que no significa que pensemos que dichos derechos pueden permanecer en ese estado por siempre, pero debemos ser cuidadosos, por lo mismo, en nuestros estudios y aseveraciones frente a un derecho "sin papeles".

C. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL RELATIVO A LOS REQUISITOS DE FONDO QUE EXIGE LA NORMA

En este acápite, analizaremos diversas resoluciones judiciales y administrativas que, a propósito de solicitudes de regularización por el procedimiento del artículo 2° transitorio, demuestran la importancia de dicha norma y su utilización intensiva. Asimismo, en la jurisprudencia que se cita se establecen ciertos principios relacionados con los requisitos que la referida norma legal establece, por lo cual se tratan en conjunto.

1) *Que las aguas estén siendo utilizadas;*

Este es el aspecto sustancial que conforma todo el sistema creado por el artículo 2° transitorio para la formalización de las titularidades con que se utilizan las aguas; en efecto, es la circunstancia misma de que existe un uso de las aguas el hecho concreto que motiva al legislador a buscar un mecanismo que acerque dicho uso con la debida autorización jurídica.

A este respecto, la jurisprudencia judicial ha sostenido el criterio que procede rechazar una solicitud de regularización si de los antecedentes aportados al proceso se concluye que no se está utilizando el recurso, ni que se ha hecho con las características y por la cantidad indicadas en la respectiva demanda; y que no existe tampoco en el cauce natural respectivo la disponibilidad del recurso para acceder a tales peticiones⁹.

2) *Que tal uso se haya estado efectuando ya a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas y que haya durado cinco años desde que principió;*

Este requisito puede tener muchas lecturas.

Por de pronto, además de establecer el plazo de uso de las aguas sobre las que recae el derecho de aprovechamiento que se quiere regularizar, se refiere expresamente a una situación temporal anterior al Código de Aguas de 1981.

⁷ NEUMANN MANIEU, Christian. "Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2° transitorio del Código de Aguas", en: Revista de Derecho Administrativo Económico, vol. II/N° 1, enero-junio 2000, pp. 212-246.

⁸ El artículo 115 del Código de Aguas dispone lo siguiente: "*El dueño de un derecho de aprovechamiento que extraiga sus aguas de la corriente natural, independientemente de otro derecho y que haya sido incluido en la constitución de la respectiva junta de vigilancia, podrá inscribir ese derecho en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces, mediante el correspondiente certificado de la Dirección General de Aguas. Efectuada dicha inscripción, los actos y contratos traslativos de dominio de esos derechos, su transmisión, como también la constitución y tradición de derechos reales sobre ellos, quedarán sometidos a las disposiciones de los artículos siguientes*".

⁹ GUZMÁN ROJAS, Rafael y otros con Codelco-Chile, División El Salvador. JL El Salvador, 19 de agosto de 1994, en: RDA (1994) V, pp. 247-254. Especialmente ver p. 253.

Bien señala que los derechos de aprovechamiento que se quisieren regularizar debían estar siendo objeto de uso al día 28 de octubre de 1981¹⁰. Esta fecha marca el último plazo a partir del cual debió principiar el uso de las aguas.

En contrario, Neumann opina que “(...) en nuestra opinión el plazo de cinco años que requiere este particular uso lo es antes de la vigencia del Código de Aguas de 1981, esto es, 5 años contados hacia atrás del día 29 de octubre de 1981, fecha en que fue publicado en el Diario Oficial el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122 que fijó su texto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 y siguientes del Código Civil y que, por tanto, de acuerdo a las normas que reglan la vigencia de la ley, el Código de Aguas entró en plena vigencia”¹¹.

En todo caso, ciertamente, el legislador dispuso el requisito en análisis para que por esta vía operaran las regularizaciones de todos los usos de aguas anteriores a 1981, pero el sentido de la norma es establecer un conjunto de derechos regularizables, atendido la primera exigencia: que el uso se haya efectuado a la fecha de entrada en vigencia de la ley¹² o con cinco años de anterioridad a ella, a lo menos; según la posición que se adopte al respecto.

En cuanto, por otra parte, a la posibilidad de agregar usos anteriores para los efectos del cómputo del plazo hay también interpretaciones divergentes.

Desde luego, existe una opinión de la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas que se refiere a la naturaleza de estas normas transitorias, fijándoles un alcance, porque ha interpretado el artículo 2° transitorio en el siguiente sentido: “En la especie el usuario a quien se le transfirió el terreno con posterioridad a la vigencia del Código mencionado, no cumple con el 1° de los requisitos establecidos. Lo expuesto se deduce simplemente del tenor literal de la norma”.

Agrega la misma autoridad que “Ahora bien, atendiendo a la naturaleza jurídica de las disposiciones transitorias en general debe tenerse presente que las normas de este tipo el legislador las establece para armonizar con la vigencia de un texto legal a futuro situaciones que han preexistido a dicho texto y que se hace necesario regularizar o remediar, y tan pronto como esas normas cumplen su objetivo caducan y dejan de producir efectos sin necesidad de derogación. El darles a las aludidas normas un sentido más amplio en el tiempo y permitir como en el caso de la especie que aun los usuarios que empiecen a ejercer su derecho de uso con posterioridad a la fecha del Código tuvieran derecho a impetrar los beneficios establecidos en ella, significaría prácticamente transformar una norma transitoria en permanente, lo que jurídicamente no resulta aceptable”¹³.

En el mismo sentido, otra resolución, esta vez judicial, establece, además, que esta norma transitoria no regla los usos posteriores a 1981¹⁴. En efecto, expresa el fallo en cuestión: “6. Que, (...) la parte regularizadora sólo ha utilizado las aguas a partir de la adquisición del inmueble en el año 1989, lo que desde luego pugna con el elemento básico que requería esta acción para prosperar, en orden a que la utilización estuviera ya iniciada por el solicitante a la época de entrada en vigencia del Código, esto es, a octubre de 1981, ello al margen de su uso por terceros antes de esa fecha. Precisamente el carácter transitorio de la norma se aviene a la condición de que el regularizador estuviere en pleno uso de las aguas a la época señalada, y no regla ni soluciona los problemas de personas naturales o jurídicas, que como en la especie, han iniciado el uso con posterioridad, circunstancia que llevará a desestimar la petición de regularización sub-lite”.

¹⁰ El Código de Aguas vigente es el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, del Ministerio de Justicia, de fecha 13 de agosto de 1981 y publicado en el Diario Oficial el 29 de octubre del mismo año.

¹¹ NEUMANN MANIEU, Christian. “Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2° transitorio del Código de Aguas”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, vol. II/N° 1, enero - junio 2000, pp. 212-246.

¹² Así se entiende en el caso Codelco-Chile, División Andina con Hidroeléctrica Guardia Vieja S.A. y Junta de Vigilancia de la Primera sección del río Aconcagua. CA Valparaíso, 31 de diciembre de 1996. JL Los Andes, 22 de diciembre de 1995, en: RDA (1996) VII, pp. 251-255.

¹³ Oficio Ord. N° 273, de 1989, Fiscalía Ministerio de Obras Públicas a Director General de Aguas, en: RDA (1992) VIII, pp. 297-298.

¹⁴ Alvenius Chilena S.A. Tercer JC Santiago, 11 de junio de 1993, en: RDA (1993) IV, pp. 287-289.

En el fondo, la jurisprudencia citada se pronuncia en el sentido de que no es posible agregar a la posesión propia la de los antecesores hasta llegar (en un plazo próximo, por cierto) a la del usuario de aguas que utilizaba las mismas a la fecha de entrada en vigencia del Código.

No obstante, existe jurisprudencia en sentido contrario, según la cual es posible tal agregación; tesis esta última que no es descartable si entendemos que los requisitos que establece este artículo 2º transitorio tienen por base la posesión y la prescripción adquisitiva.

Al respecto, es posible citar un excelente fallo de segunda instancia (específicamente, de la Corte de Apelaciones de Valdivia), cuyo considerando 14º expresa: *“Estima este Tribunal además, que es posible y lícito que los usuarios, a mayor abundamiento puedan añadir frente a aprovechamientos no inscritos la posesión de sus antecesores, no obstante, que en este capítulo el fallo impugnado apoya a su tesis adversa en estudios de tratadistas, otorgándosele el carácter de conductas personalísimas. Como precedentemente se consideró, este derecho tiene la virtud de sobrepasar incluso los derechos inscritos, con mayor razón invocar el aprovechamiento de los antecesores o cedentes, porque esta norma es especialísima al premiarlo con un reconocimiento judicial por el uso de las aguas, por un período de tiempo determinado, no resultando razonable privarlo de la posesión comentada”*¹⁵.

En el mismo sentido se pronuncia el abogado Sr. Christian Neumann Manieu (Director Regional de Aguas de la V Región de Valparaíso), según quien *“(…) es nuestro parecer que resulta del todo procedente que el peticionario continuador legal en el aprovechamiento del derecho a regularizar, puede adicionar a su tiempo de uso ininterrumpido el de sus antecesores, lo que queda corroborado cuando existe un título que da continuidad a la utilización, como sería el caso de una compraventa o una sentencia judicial a firme que concede la posesión efectiva de la herencia, u otra. En ese sentido, pensamos que es procedente aplicar en la especie el principio a que se refiere el artículo 17 del Código Civil, más aún por lo prescrito en el artículo 715 de ese mismo cuerpo legal”*¹⁶.

3) *Que si el derecho se encuentra inscrito, el uso de las aguas recaiga en una persona distinta del titular;*

Respecto de este requisito, no fue posible ubicar jurisprudencia; ni judicial ni administrativa.

En mi opinión, se está en presencia aquí de un caso de adquisición del derecho de aprovechamiento por el modo denominado “prescripción”¹⁷; la que, según el artículo 21, se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el propio Código de Aguas.

Una gran excepción, a mi modo de ver, se presenta, justamente, en esta parte¹⁸; por cuanto aquí se permite prescribir contra título inscrito, contraviniendo los principios generales contenidos en los artículos 2.505 y 728, inciso 2º, ambos del Código Civil¹⁹.

¹⁵ EMALDÍA, Luísa y otros con MOLINA, Mario. CA Valdivia, 9 de marzo de 1995. JL Panguipulli, 20 de mayo de 1994, en: RDA (1995) VI, pp. 253-262.

¹⁶ “Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2º transitorio del Código de Aguas”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, vol. II/Nº 1, enero - junio 2000, pp. 212-246.

¹⁷ La prescripción adquisitiva *“es un modo de adquirir el dominio de las cosas comerciables ajenas, por haberlas poseído durante cierto tiempo con los requisitos legales”*. “Derecho Civil, Tomo II, De los sujetos y de los objetos del Derecho”. Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriba Undurraga, Manuel.

¹⁸ En esta parte, sigo a Luis Simón Figueroa del Río, “Asignación y distribución de las aguas terrestres”. Universidad Gabriela Mistral, 1995.

¹⁹ Estos artículos disponen lo siguiente: *“Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo”*. *“Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente”*.

Por otra parte, desde una perspectiva procesal cuando se trata de regularizar por la vía del artículo 2º transitorio un derecho de aprovechamiento inscrito a nombre de otra persona, la autoridad competente (Jefe de la Oficina de la Dirección General de Aguas correspondiente o Gobernador Provincial respectivo, según el caso) debe ordenar la notificación de la solicitud de que se trate al titular inscrito, o a sus sucesores; ello, en virtud de lo dispuesto en el artículo 131, inciso final²⁰. Notificación que, en mi concepto, es sin perjuicio de las respectivas publicaciones.

4) *Que el uso de las aguas haya sido ininterrumpido;*

Este requisito exige probar una extracción constante de las aguas cuyos derechos se regularizan.

La situación de hecho que configura la extracción se extiende también a las bocatomas u otras obras hidráulicas; por cuanto al solicitante de regularización “no le es permitido desarrollar nuevas obras de infraestructura, sea abriendo nuevos canales, sea ensanchando las bocatomas (...). Consecuente con lo anterior, si en tiempos de sequía el caudal de las aguas disminuyere, el propietario del predio requirente no podría hacer obras para extraer mayores cantidades de aguas respecto de las que naturalmente se recibe según la configuración actual de las respectivas bocatomas”²¹.

En este último caso (si a través de las obras respectivas se quieren captar mayores caudales de aguas), deberá solicitarse a la Dirección General de Aguas la constitución originaria del respectivo derecho de aprovechamiento, de acuerdo con las reglas generales, contenidas en los artículos 130 y siguientes y 140 y siguientes.

5) *Que el uso haya sido libre de clandestinidad o violencia;*

A este respecto, la jurisprudencia judicial ha dicho “*Que (...) se ha acreditado que las obras, instalaciones y aprovechamiento de captación y uso de las aguas, son públicas y permiten sostener que no existe ningún ocultamiento de ellas y se utilizan sin reconocer dominio ajeno, pues se encuentran en el inmueble de la demandante y sin violencia*”²².

6) *Que el uso de las aguas se haya efectuado sin reconocer dominio ajeno.*

Al respecto, es posible concluir, de lo señalado por una sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, que si el solicitante ha probado todos y cada uno de los requisitos exigidos por el artículo 2º transitorio, es forzoso regularizar su derecho, aun cuando se haya alegado, pero no probado por un opositor, que las aguas de un canal eran compartidas con aquél y que por tanto debían prorratearse los derechos cuya regularización se pretendía. En este caso, claramente nunca se ha reconocido dominio ajeno²³.

D. CONFLICTOS PROCESALES

Existe una variada gama de preguntas procesales relativas a la norma del artículo 2º transitorio. Hemos intentado clasificarlas del modo que se pasa a exponer.

Como es sabido, el procedimiento establecido en la norma legal en análisis se compone de dos etapas: Una, que se tramita ante la Dirección General de Aguas, según las reglas generales contenidas en los artículos 130 y siguientes; y otra, que se tramita ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, según las reglas del procedimiento sumario, contenidas en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

²⁰ Esta norma señala que “*Excepcionalmente, el jefe de la oficina del lugar o el Gobernador, según el caso, dispondrá la notificación personal cuando aparezca de manifiesto la individualidad de la o las personas afectadas con la presentación y siempre que el número de éstas no haga dificultosa la medida*”.

²¹ Tunis con Sociedad El Trapiche S.A. CA Valparaíso, 06 de septiembre de 1994. JL Los Andes, 28 de julio de 1992. en: RDA (1994) V, pp. 236-241.

²² Codelco-Chile, División Andina con Hidroeléctrica Guardia Vieja S.A. y Junta de Vigilancia de la Primera Sección del río Aconcagua. CA Valparaíso, 31 de diciembre de 1996. JL Los Andes, 22 de diciembre de 1995, en: RDA (1996) VII, pp. 251-255.

²³ ACUÑA con GALLARDO. CA La Serena, 07 de julio de 1992. JL Ovalle, 26 de junio de 1991, en: RDA (1993) IV, pp. 221-223.

Surgen, entonces, a propósito de lo anterior, varias interrogantes.

En este contexto, el primer punto a discutir desde el punto de vista procesal es si se trata, efectivamente, de un juicio o no; pues, tal como ya se ha señalado, tiene un procedimiento especialísimo y, en general, puede darse el caso que, durante la tramitación ante la Dirección General de Aguas, no se presenten oposiciones que resolver.

Al respecto, se ha fallado “*Que no obstante la ausencia de contraparte y por expresa disposición del artículo 2 transitorio y 177 del Código de Aguas ha debido seguirse en la especie el procedimiento sumario sin que la ley haya hecho distinción para el evento de la especie, en que no hay oposición, y por ende no hay contradictor*”^{24, 25 y 26}.

Una segunda cuestión que sobre la cual resulta necesario tener claridad es la de terceros ajenos al procedimiento de regularización, si es que éstos no han formulado oposiciones en la etapa de tramitación ante la Dirección General de Aguas.

En este sentido, la jurisprudencia judicial ha dictaminado “*(...) que no debe confundirse el derecho de los terceros para oponerse en el trámite administrativo, y como sujeto de la relación procesal controvertida en el juicio sumario propiamente tal, pueden intervenir como partes, lo que ciertamente efectuaron dentro del plazo. La extemporaneidad en etapa administrativa, no hace precluir el derecho de los afectados en la etapa judicial propiamente tal y pueden y deben ser oídos y tenidos como partes; caso contrario no se aviene lo dispuesto en el artículo 2° transitorio letra d) en orden a que la Dirección remitirá la solicitud más la oposición si la hubiere al Juez de Letras, quien tramitará y resolverá conforme al artículo 177 del mismo Código*”²⁷.

Por mi parte, sólo agregaría al señalado criterio (que, desde mi punto de vista es el correcto) que respecto de quien se haga parte en la etapa judicial de la respectiva tramitación debe entenderse que acepta todo lo obrado antes de su presentación, continuando el juicio en el estado en que se encuentre; ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, 22 y 23, inciso 1°, todos del Código de Procedimiento Civil²⁸.

Un tercer elemento de carácter procesal involucrado en el artículo 2° transitorio es el siguiente: Determinar, en el caso que se hayan formulado oposiciones, quién tiene la calidad procesal de “demandante”, el solicitante o el opositor; y, correlativamente, quién tiene la calidad procesal de demandado, el opositor o el solicitante.

La jurisprudencia mayoritaria se pronuncia por la tesis primera: El solicitante de regularización es “demandante” y el opositor es “demandado”.

²⁴ Alvenius Chilena S.A. Tercer JC Santiago, 11 de junio de 1993, en: RDA (1993) IV, pp. 287-289.

²⁵ El artículo 177 del Código de Aguas señala que “*Los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil*”.

²⁶ En contrario, DEL VALLE VERGARA, Rafael. “Aspectos procesales del procedimiento del artículo 2° transitorio del Código de Aguas”, en Revista de Derecho Administrativo Económico, vol. II/N° 1, enero - junio 2000, pp. 95-97.

²⁷ EMALDÍA, Luisa y otros con MOLINA, Mario. CA Valdivia, 09 de marzo de 1995. JL Panguipulli, 20 de mayo de 1994, en: RDA (1995) VI, pp. 253-262.

²⁸ Estos artículos se refieren a la intervención de terceros en juicio; y ellos establecen, en términos generales, que tales terceros pueden intervenir en cualquier momento en un juicio, con la sola limitante de respetar todo lo obrado con anterioridad.

Dicha jurisprudencia puede resumirse como sigue: *“Que ha lugar a la petición de fojas 1, en cuanto que la demandante es titular de derechos de aprovechamiento de aguas que se señalan y se ordena al Sr. Conservador de Bienes Raíces de Los Andes inscribir dichos derechos en el Registro de Propiedad de Aguas en la forma que se indica: (...)”*²⁹.

*“Finalmente, y frente a la demanda de fs. 1 y los fundamentos de la apelación en examen, (...) corresponderá acoger la petición de regularización con las rectificaciones solicitadas por los actores y aprobadas por los terceros afectados”*³⁰.

*“Cuando se esté ejercitando derechos propios de aprovechamiento, en el artículo 2° transitorio de las disposiciones transitorias del Código, se estableció un procedimiento que reconoce los derechos de las personas que así actúen, frente a lo cual, el demandante es quien presenta la solicitud ante la Dirección de Aguas para hacer valer sus pretensiones, organismo que debe enviar los antecedentes más la oposición si la hubiere al Juez de Letras en lo Civil”*³¹.

Dilucidar el punto no es irrelevante, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del Código de Procedimiento Civil, el abandono del procedimiento *“podrá hacerse valer sólo por el demandado”*³².

En cuarto lugar, corresponde plantearse si cabe, en estos casos, la sustitución de procedimiento; esto es, si tratándose de regularizaciones a las que nos hemos venido refiriendo, es posible, durante la tramitación en sede judicial, reemplazar el procedimiento sumario por el ordinario.

A mi modo de ver, la respuesta a dicha interrogante debe ser necesariamente negativa; por cuanto según las normas procesales que rigen la materia, tal sustitución no procede cuando, como ocurre en la especie, el ordenamiento jurídico ordena expresamente aplicar las reglas del juicio sumario³³.

En quinto término, y siguiendo siempre con los aspectos procesales, quisiera hacer breve referencia al valor probatorio que debe asignársele al informe técnico que elabore la Dirección General de Aguas en estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134; valor probatorio que nuestra jurisprudencia ha asimilado, en términos generales, al de un informe pericial: *“(...) este tipo de informes se encuentra incorporado como medio probatorio idóneo en procesos como el de autos, de acuerdo con el artículo 179 del Código de Aguas y, por su naturaleza, debe considerarse asimilado a un dictamen pericial, cuyo valor probatorio, por ende, corresponde apreciarse de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Bajo esta óptica, es pertinente señalar que dicho informe emana de la autoridad administrativa a que por ley le compete amplias facultades*

²⁹ Codelco-Chile, División Andina con Hidroeléctrica Guardia Vieja S.A. y Junta de Vigilancia de la Primera sección del río Aconcagua. CA Valparaíso, 31 de diciembre de 1996. JL Los Andes, 22 de diciembre de 1995, en: RDA (1996) VII, pp. 251-255.

³⁰ EMALDÍA, Luisa y otros con MOLINA, Mario. CA Valdivia, 09 de marzo de 1995. JL Panguipulli, 20 de mayo de 1994, en: RDA (1995) VI, pp. 253-262.

³¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de mayo de 1998.

³² Según el artículo 152 del mismo Código, *“El procedimiento se entiende abandonado cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante seis meses, contados desde la fecha de la última resolución recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos”*.

³³ En efecto, el artículo 680, inciso 1°, del Código de Procedimiento Civil, dispone que el procedimiento sumario se aplicará en defecto de otra regla especial a los casos en que la acción deducida requiera, por su naturaleza, tramitación rápida para que sea eficaz; en tanto que el inciso 2° del mismo artículo enumera taxativamente ciertos casos en que debe aplicarse dicho procedimiento. Vale decir, interpretando a *contrario sensu*, en los casos enumerados en el inciso 2° de la citada norma legal no cabe la sustitución de procedimiento.

Pues bien, el artículo 681 del mismo Código ya citado señala expresamente que *“En los casos del inciso 1° del artículo anterior, iniciado el procedimiento sumario podrá decretarse su continuación conforme a las reglas del juicio ordinario, si existen motivos fundados para ello”*.

*fiscalizadoras destinadas a velar por el correcto aprovechamiento de las aguas en el territorio nacional y que, a su especialización técnica, une la imparcialidad inherente a su calidad de órgano gubernamental ante una controversia suscitada entre particulares; (...)*³⁴.

*“10º) Que se agregó a los autos informe pericial emitido por el Ingeniero Jefe del departamento de Hidrología de la Dirección General de Aguas, el que rola de fs. 173 a fs. 187, (...)*³⁵.

Siempre en el ámbito de los aspectos probatorios existe otra jurisprudencia que le asigna mérito probatorio a certificados emitidos por la correspondiente asociación de canalistas. En efecto: *“Séptimo: Que con el mérito probatorio de los certificados de fojas 1 y 18 ambos emitidos por la Asociación de Canalistas de Maipo consta que los peticionarios han acreditado legalmente el derecho de aprovechamiento de aguas a que se refiere la solicitud de autos”*³⁶.

En sexto y último lugar, debo señalar que, en mi opinión, el procedimiento de que estamos tratando tiene una naturaleza declaratoria ya que, al regularizar un derecho, lo que hace es fijar el contenido del mismo, estableciendo sus facultades (su extensión), lo que puede afectar los derechos de terceros (no olvidemos que el objeto del derecho son las aguas) de modo tal que resultó acertado este tratamiento procesal.

Así lo ha resuelto, también, la jurisprudencia judicial; pudiendo mencionarse, en este sentido, el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 26 de mayo de 1998, ya citado.

E. IMPORTANCIA DE LOS USOS SUSCEPTIBLES DE REGULARIZARSE POR EL ARTÍCULO 2º TRANSITORIO EN LA CONSTITUCIÓN ORIGINARIA DE NUEVOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

No quisiera concluir el presente trabajo sin referirme a un aspecto que, no obstante no decir relación con los requisitos de fondo contemplados en el artículo 2º transitorio ni con aspectos procesales vinculados con el mismo, es —en mi opinión— de suma importancia: Se trata de la relevancia que dicha norma legal tiene, para los efectos de la constitución originaria de nuevos derechos de aprovechamiento.

Desde luego, es sabido que, según los artículos 22, 60 y 141, inciso final, una de las exigencias que necesariamente deben concurrir para que la autoridad competente (generalmente, la Dirección General de Aguas; excepcionalmente, el Presidente de la República, en el caso del artículo 148) esté en condiciones de constituir originariamente un derecho de aprovechamiento que le ha sido solicitado es que exista “disponibilidad del recurso”.

Pues bien, para determinar dicha “disponibilidad”, a las aguas físicamente existentes en el lugar de que se trate, deben restárseles diversos caudales; entre otros, aquéllos correspondientes a usos susceptibles de regularizarse por la vía del artículo 2º transitorio.

³⁴ TALA, JAPAZ, Alberto. “Código de Aguas”. Concordado, jurisprudencia judicial y administrativa”. Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995.

Con respecto a esta jurisprudencia, debe tenerse presente: a) Se trata de un fallo pronunciado, justamente, a propósito de una solicitud de regularización por el artículo 2º transitorio del Código de Aguas. b) Menciona el artículo 179, el que está contenido en el párrafo que el Código de Aguas dedica al procedimiento sumario, que es —según ya se ha señalado— el que se aplica en estos casos. Según dicho artículo, *“En estos juicios se podrá decretar de oficio (...) el informe de la Dirección General de Aguas”*. c) El artículo 425 del Código de Procedimiento Civil señala que *“Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”*.

³⁵ GUZMÁN ROJAS, Rafael y otros con Codelco-Chile, División El Salvador. JL El Salvador, 19 de agosto de 1994, en: RDA (1994) V, pp. 247-254.

³⁶ PÉREZ LLONA, Gonzalo y Ricardo. Segundo JL San Bernardo, 18 y 25 de abril de 1996, en: RDA (1996) VII, pp. 257-258.

Es posible citar, en este sentido, la siguiente jurisprudencia: *“De otro modo, habiendo informado la Dirección de Aguas de la existencia de una sentencia ejecutoriada, respecto de la regularización del derecho de aprovechamiento de aguas para la Comunidad Atacameña de Toconao, lo que en parte también reconoce el apelante, dicha circunstancia constituye una base sólida que justifica la resolución de la Dirección de Aguas, en la medida de que legalmente se le ha reconocido un derecho real a una comunidad, lo que implica necesariamente que la solicitud de Jorge Mario Schelmann Ballacco debía ser rechazada no sólo por la falta de disponibilidad del recurso, sino porque tampoco era legalmente procedente. (...)”*³⁷.

En el mismo sentido, ha resuelto la Contraloría General de la República: *“Ahora bien, es indudable que la determinación de la disponibilidad del recurso constituye una materia eminentemente técnica, de competencia de la Dirección General aludida, quien debe considerar este requisito al constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, teniendo presente al adoptar una decisión no sólo los que están inscritos, sino también aquellos susceptibles de regularizarse por los medios que franquean los artículos transitorios del Código de Aguas que faculta a quien los utiliza por cierto tiempo y condiciones para proceder a su inscripción. En tal evento no puede afirmarse que el recurso sobre los que se ejercen tales usos están disponibles, a menos que no se cumplan los presupuestos necesarios. En consecuencia, no puede aceptarse la afirmación del ocurrente en el sentido que existe disponibilidad del recurso por el solo hecho de que algunos usuarios pretenden regularizar sus derechos”*³⁸.

Incluso, la propia Dirección General de Aguas se ha pronunciado sobre la materia: *“Se deberá analizar los derechos de aprovechamiento otorgados o solicitados, y los usos a respetar, ya que el caudal que se puede otorgar dependerá de la diferencia entre el caudal disponible en el río menos los derechos que deben ser respetados y la demanda ambiental. (...)”*³⁹.

Además, en el caso específico de la constitución originaria de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas, los usos susceptibles de regularizarse tienen relevancia, además de la determinación de la disponibilidad del recurso, para los efectos de la definición del área de protección⁴⁰.

En este sentido, dispone el artículo 23, inciso 1º, de la Resolución N° 186, de la Dirección General de Aguas, de fecha 11 de marzo de 1996 y publicada en el Diario Oficial el día 15 de mayo del mismo año⁴¹, que *“No se constituirá el derecho de aprovechamiento sobre captaciones subterráneas que se encuentren ubicadas a menos de 200 metros de otras captaciones subterráneas, cuyos derechos se encuentren reconocidos o constituidos en conformidad a la ley o que sean susceptibles de ser regularizados en conformidad al procedimiento establecido en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas”*.

F. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1º Sin duda, la norma en análisis presta una gran utilidad para regularizar, formalizar e inscribir derechos de aprovechamiento que, en los más de los casos, no constan en “papel” alguno.

Desde ese punto de vista, la conveniencia de su mantención en el tiempo, incluso para mantener la paz social entre diversos usuarios de aguas, es indudable.

³⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de mayo de 1998.

³⁸ Contraloría General de la República, dictamen N° 1.408, de 20 de enero de 1992, en: RDA (1993) IV, pp. 291-292.

³⁹ “Manual de normas y procedimientos para la administración de recursos hídricos”, aprobado por Resolución (Exenta) N° 1.700, de fecha 8 de julio de 1999.

⁴⁰ El área de protección puede ser definida como “aquella superficie alrededor de una obra de captación de aguas subterráneas (sobre las que hay derechos de aprovechamiento legalmente constituidos o reconocidos) y dentro de la cual no se puede otorgar originariamente un nuevo derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas, a menos que el titular del derecho de aprovechamiento preexistente lo autorice expresamente”.

⁴¹ Esta Resolución dispone normas de exploración y explotación de aguas subterráneas.

Así lo anticipó el legislador, ya antes de la vigencia del Código de Aguas de 1981, al otorgar tutela a los derechos de aprovechamiento regularizables por esta vía, en el artículo 7 del Decreto Ley N° 2.603, de 1979.

2° Lo que se ha señalado precedentemente no obsta al reconocimiento de otra gran realidad de hecho: El mal uso y el abuso que, en algunos casos, se ha efectuado del procedimiento regularizador referido; especialmente, por la vía de querer sanear a través suyo casos en que, claramente, no se cumplía con los requisitos antes mencionados.

3° Dicha circunstancia no puede, sin embargo, constituir motivo suficiente, en mi opinión, para querer derogar o limitar en el tiempo la vigencia del artículo 2° transitorio.

4° Más bien lo que correspondería, en mi concepto, es modificarlo, con el fin de aclarar el sentido y alcance de los requisitos de fondo que establece; y de ilustrar, también, respecto de las dudas y contradicciones que, en los aspectos procesales, se han constatado en su aplicación práctica.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- DEL VALLE VERGARA, Rafael (2000): *Aspectos procesales del Procedimiento del artículo 2° transitorio del Código de Aguas*, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. II, N° 1, pp. 95-97.
- NEUMANN MANIEU, Christian (2000): *Del procedimiento especial de regularización del derecho de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2° transitorio del Código de Aguas*, en: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. II, N° 1, pp. 211-246.
- ORELLANA RETAMALES, Luis (1998): *Índice de la Revista de Derecho de Aguas. Vol. I al IX (1990-1998)*, en: Revista de Derecho de Aguas, Vol. IX (1998), pp. 343-362. Índice de sentencias.
- TALA JAPAZ, Alberto (1995): *Código de Aguas. Concordado, jurisprudencia judicial y administrativa*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1998): *Derecho de Aguas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.